

INMUNIDAD DEL ESTADO Y VIOLACIÓN DE NORMAS INTERNACIONALES DE *JUS COGENS*: EL ASUNTO AL-ADSANI CONTRA REINO UNIDO

Valentín BOU FRANCH

SUMARIO:

I. HECHOS Y CUESTIONES JURÍDICAS.— II. LA PROHIBICIÓN DE LA TORTURA: 1. *Las obligaciones que impone a los Estados.* 2. *La competencia universal de los Tribunales nacionales para conocer de las denuncias de tortura.* 3. *Su condición de norma internacional de jus cogens.*— III. LA INMUNIDAD DEL ESTADO EXTRANJERO: 1. *Su compatibilidad con el derecho de acceso a los tribunales.* 2. *Su relación con las normas internacionales de jus cogens.* IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. HECHOS Y CUESTIONES JURÍDICAS

El Sr. Sulaiman Al-Adsani, persona de doble nacionalidad británica y kuwaití, mientras permanecía en Kuwait estuvo en posesión de unas cintas de vídeo de contenido sexual en las que aparecía *Sheikh Jaber Al-Sabah Al-Saud Al-Sabah* (el *Sheikh*), quien era pariente del Emir de Kuwait. Ante la sospecha de que el Sr. Al-Adsani fuera el responsable de la circulación generalizada de esas cintas, el 2-V-1991 el *Sheikh* y otras dos personas entraron en la casa del demandante, le golpearon y se lo llevaron a punta de pistola en un coche gubernamental a la Prisión de Alta Seguridad del Estado de Kuwait. El demandante estuvo encarcelado hasta el 5-V-1991, siendo repetidamente golpeado por guardias de seguridad durante varios días hasta que firmó una confesión autoinculpadora. De nuevo el 7-V-1991, el *Sheikh* secuestró a punta de pistola al demandante, llevándolo en un coche gubernamental al Palacio del hermano del Emir de Kuwait, donde repetidamente se le sumergió la cabeza en una piscina en la que flotaban diversos cadáveres. Luego fue

arrastrado a una pequeña habitación en la que el *Sheikh* prendió fuego a diversos colchones empapados de petróleo, con el resultado de que el demandante sufrió quemaduras muy graves. Tras regresar lo más pronto posible al Reino Unido, recibió atención hospitalaria durante seis semanas en las que estuvo sometido a tratamiento médico por los daños psicológicos que padecía y por las quemaduras que cubrían el 25% de su cuerpo. Al abandonar el hospital, recibió varias amenazas de muerte si denunciaba o daba publicidad a su caso.

El 29-VIII-1992 entabló ante un Tribunal británico un procedimiento de responsabilidad civil contra el *Sheikh* y contra el Gobierno de Kuwait por daños contra su salud física y mental resultantes de los actos de tortura sufridos en Kuwait. El 15-XII-1992, se dictó una sentencia condenatoria en rebeldía contra el *Sheik*, pero no se admitió a trámite su demanda contra el Gobierno de Kuwait. Tras recurrir, el 12-III-1996 la Corte de Apelación británica decidió que la inmunidad de Estado que goza Kuwait respecto de la jurisdicción de los Tribunales británicos debía prevalecer sobre la alegación del carácter de *jus cogens* de las normas internacionales que prohíben la tortura. Tras recurrir a su vez esta decisión, la misma fue rechazada por la Cámara de los Lores el 27-XI-1996. Sus intentos para obtener una compensación económica de las autoridades kuwaitíes a través del mecanismo de la protección diplomática tampoco tuvieron éxito.

El 3-IV-1997 el demandante interpuso una demanda individual contra el Reino Unido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)¹, alegando que los Tribunales del Reino Unido, al apreciar la inmunidad de jurisdicción del Gobierno de Kuwait, no le habían garantizado su derecho a no ser torturado y le habían denegado el derecho de acceso a un tribunal, en contra de lo dispuesto en los artículos 3, 6.1 y 13 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (Roma, 4-XI-1950) (CEDH/LF). El Reino Unido, en su condición de demandado, alegó que la apreciación por sus Tribunales de la inmunidad de jurisdicción del Estado de Kuwait no constituía una violación del CEDH/LF, pese a que el fondo del asunto concerniera a una norma internacional de *jus cogens* como la que prohíbe la tortura.

La Gran Sala del TEDH, en su Sentencia de 21-XI-2001, sostuvo por unanimidad que no había existido ninguna violación del derecho a no ser torturado (art. 3 del CEDH/LF) imputable al Reino Unido; sostuvo también

1. Demanda nº 35.763/97. Disponible en el localizador de Internet <http://www.echr.coe.int>.

por una decisión apretadísima (nueve votos contra ocho) que el Reino Unido no había cometido ninguna violación del derecho de acceso a un tribunal (art. 6.1 del CEDHLF).

II. LA PROHIBICIÓN DE LA TORTURA

1. *Las obligaciones que impone a los Estados*

El artículo 3 del CEDHLF, titulado “prohibición de la tortura”, afirma que “nadie podrá ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. Obviamente esta disposición impone a los Estados Contratantes una obligación de comportamiento consistente en un abstenerse de realizar actos de tortura. Pese a que el CEDHLF no define lo que debe entenderse por tortura, cabe recordar que, en opinión del TEDH, “de todas las categorías de malos tratos prohibidos por el artículo 3, la tortura tiene un estigma especial, pues sólo la tortura se predica de un trato inhumano deliberado que causa un sufrimiento muy cruel y serio”². Además, hace ya muchos años que la Comisión Europea de Derechos Humanos señaló que la tortura constituye una forma agravada y deliberada de tratos inhumanos que se dirige a obtener información o confesiones, o a infligir un castigo³. Los tres elementos principales para la definición de la tortura en el CEDHLF son, por lo tanto, el grado de severidad de los malos tratos, la naturaleza deliberada del acto y el propósito específico que persigue el acto de tortura en cuestión⁴.

2. Esta doctrina jurisprudencial el TEDH la afirmó por primera vez en su Sentencia de 18-I-1978 en el asunto *Irlanda c. Reino Unido*, Series A nº 25, pár. 167, siendo repetida posteriormente en diversas ocasiones, como por ejemplo en su Sentencia de 18-XII-1996 en el asunto *Aksoy c. Turquía*, Reports 1996-VI, pár. 63 e, incluso, en la Sentencia de 21-XI-2001 en el presente asunto *Al-Adsani c. Reino Unido*, demanda nº 35.763/97, Sentencia de 11-XI-2001, pár. 59.

3. Asunto de Grecia, 1969, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 12, p. 186.

4. Como acertadamente observó el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) al comentar el artículo 3 del CEDHLF, el requisito de que el Estado o uno de sus funcionarios participe en la realización de actos de tortura no es un elemento definitorio adicional de la tortura, sino un requisito general del CEDHLF que se predica de todas las obligaciones que impone, pues el TEDH no es un Tribunal penal que determine responsabilidades penales individuales, sino un órgano cuyo mandato es determinar el cumplimiento por los Estados de sus obligaciones conforme

Conforme a este planteamiento, y pese a que la alegación de fondo del demandante de haber sido torturado no ha sido examinada jamás por ningún Tribunal de justicia, ni interno ni internacional, el TEDH no tuvo ningún inconveniente, para los propósitos de esta Sentencia, en aceptar que los malos tratos alegados por el demandante contra Kuwait en sus demandas ante los Tribunales británicos consistentes, principalmente, en ser golpeado repetidamente por los guardias de la prisión durante un período de varios días con el fin de extraerle una confesión, “pueden ser calificados apropiadamente como tortura dentro del ámbito del artículo 3 del CEDH”⁵. En este asunto, estos actos fueron cometidos en territorio de Kuwait por funcionarios kuwaitíes, sin ningún tipo de intervención de funcionarios del Reino Unido. En consecuencia, aunque no se diga expresamente en la Sentencia, el TEDH no puede, por este contenido de la prohibición de la tortura, ni juzgar a Kuwait, Estado tercero respecto del CEDH, ni imputar el incumplimiento de esta obligación de abstenerse de torturar al Reino Unido.

Pero junto a esta obligación de no hacer, la propia jurisprudencia del TEDH ha contemplado diversas obligaciones de hacer, es decir, de comportamientos positivos exigibles a los Estados Contratantes en relación con la prohibición de la tortura. En este sentido, el TEDH recuerda que los compromisos asumidos por un Estado Contratante conforme al artículo 1 del CEDH se limitan a “reconocer”⁶ los derechos y libertades enumerados a las personas dentro de su “jurisdicción”⁷. Una interpretación conjunta de los artículos 1 y 3 impone diversas obligaciones positivas a los Estados Contratantes, “concebidas para prevenir y proporcionar un recurso contra la tortura y otras formas de malos tratos”. De esta forma, en el asunto *A. c. Reino Unido*, el TEDH sostuvo que, en virtud de estas dos disposiciones, a los Estados se les exige adoptar ciertas medidas para garantizar que los individuos dentro de su jurisdicción no sean sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes⁸. En el asunto *Aksoy c. Turquía*, el TEDH estableció que el artículo 13, en relación con el artículo 3, imponen una obligación a los

al CEDH. Asunto nº IT-96-23-T e IT-96-23/1-T, *El Fiscal c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic*, Sentencia de 22-II-2001, pág. 478.

5. Asunto *Al-Adsani c. Reino Unido*, *op. cit.*, pág. 58, con remisión a su propia jurisprudencia en el asunto *Selmouni c. Francia* [GC], nº 25.803/94, *ECHR* 1999 y también a la Sentencia de 18-XII-1996 en el asunto *Aksoy c. Turquía*, *op. cit.*

6. “Securing” en la versión inglesa; “reconnaître” en la versión francesa.

7. Asunto *Al-Adsani c. Reino Unido*, *op. cit.*, pág. 37, con remisión a la Sentencia de 7-VII-1989 en el asunto *Soering c. Reino Unido*, *Series A*, nº 161, pág. 86.

8. Sentencia de 23-IX-1998, *Reports of Judgments and decisions* 1998-VI, pág. 22.

Estados de realizar una investigación efectiva y completa de los incidentes de tortura⁹; y en el asunto *Assenov y otros c. Bulgaria*, el TEDH sostuvo que, cuando un individuo plantea una reclamación fundada de haber sido ilegalmente mal tratado de forma grave por la policía o por otros funcionarios del Estado y en incumplimiento del artículo 3, esa disposición, leída conjuntamente con el deber general del Estado conforme al artículo 1 del CEDHLF de “reconocer a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en (...) el CEDHLF”, requieren implícitamente que debería existir una investigación oficial efectiva¹⁰. A la vista de estos precedentes, debe considerarse correcta la apreciación realizada en la presente Sentencia acerca de que, en cada uno de los asuntos citados, “la obligación del Estado se aplicó exclusivamente a la alegación de malos tratos cometidos dentro de su jurisdicción”¹¹.

Sin embargo, el TEDH reconoce que la prohibición de la tortura puede tener alguna aplicación extraterritorial, aunque sumamente limitada. Esta posibilidad de trascender la jurisdicción nacional se da “en la medida en que la decisión de un Estado Contratante de expulsar a un individuo de su territorio podría comprometer la responsabilidad de ese Estado conforme al CEDHLF, si se ha demostrado que existen indicios racionales para creer que la persona implicada, en caso de ser expulsada, se enfrenta a un riesgo real de ser sometida a tortura o a penas o tratos inhumanos o degradantes en el país de destino”¹². Así, en el asunto *Soering*, el TEDH destacó que, pese a que en tales circunstancias pudiera no incurrirse en ninguna responsabilidad directa derivada del CEDHLF, sin embargo se incurría en ella por el Estado Contratante que realizara la expulsión en razón de haber adoptado una acción que tuvo como consecuencia directa el exponer a un individuo a malos tratos prohibidos¹³.

Una vez sentada esta doctrina, el TEDH, tras constatar que la alegación de tortura no tuvo lugar dentro de la jurisdicción del Reino Unido ni que las autoridades del Reino Unido tuvieran ninguna conexión causal con lo sucedido, no pudo concluir más que afirmando que no existía ninguna violación del artículo 3 del CEDHLF en el presente asunto. Debe entenderse esta

9. Sentencia de 18-XII-1996, *Reports* 1996-VI, pág. 98.

10. Sentencia de 28-X-1998, *Reports* 1998-VIII, pág. 102.

11. Asunto *Al-Adsani c. Reino Unido*, *op. cit.*, pág. 37.

12. *Ibíd.*, pág. 38.

13. Sentencia de 7-VII-1989, *op. cit.*, pág. 91. Véase, en el mismo sentido, el artículo 3 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Nueva York, 10-XII-1984).

afirmación del TEDH en el sentido de que no existía ninguna violación de esa disposición que fuera imputable al Reino Unido. Sobre si Kuwait cometió o no actos de tortura, el TEDH carece de competencia universal para pronunciarse sobre ello, pues tanto los asuntos entre Estados como las demandas individuales que se le sometan deben necesariamente referirse a “incumplimientos” o “violaciones” del CEDHLF que “puedan ser imputados a otra Alta Parte Contratante” (art.s 33 y 34) y no a cualquier otro Estado.

2. *La competencia universal de los tribunales nacionales para conocer de las denuncias de tortura*

Por ello, no deja de ser sorprendente que el TEDH sostuviera algo más en su conclusión sobre esta primera alegación de “violación” del CEDHLF, al señalar expresamente que, “en estas circunstancias, no se puede decir que la Alta Parte Contratante tuviera el deber de proporcionar un recurso jurídico al demandante respecto de la tortura alegada realizada por las autoridades kuwaitíes”¹⁴. Esta afirmación está de más y requeriría, en todo caso, ser matizada. En esta primera alegación, el demandante imputaba la responsabilidad por los actos de tortura cometidos directamente al Reino Unido, no a Kuwait. Sobre la cuestión de la alegación de haberse cometido actos de tortura que resultasen eventualmente imputables al Reino Unido, ni el demandante ni el demandado discutieron en momento alguno los límites de la competencia jurisdiccional de los Tribunales del Reino Unido. Habiendo ya alcanzado la conclusión de que tales actos no eran imputables al Reino Unido, resultaba en consecuencia innecesario pronunciarse adicionalmente sobre un punto que las partes en litigio no habían suscitado.

En todo caso, si se deseaba incluir algún pronunciamiento acerca de si existe o no el deber de establecer la competencia universal de los Tribunales penales nacionales para conocer de actos de tortura realizados en el extranjero, al menos se podía haber realizado siquiera un somero análisis de la práctica internacional en la materia¹⁵. Cabe recordar que en el asunto del

14. Asunto *Al-Adsani c. Reino Unido*, *op. cit.*, pág. 40.

15. En la doctrina española, véase al respecto REMIRO BROTONS, A. (1999): *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Madrid, Estudios de Política Exterior, pp. 45-64; GARCÍA ARÁN, M. (2000): *El principio de justicia universal en la L.O. del Poder Judicial español*, en: M. García Arán, D. López Garrido (coord.s): *Crimen internacional y jurisdicción universal*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 63-88; GUTIÉRREZ CONTRERAS, J. C.; VILLEGAS DÍAZ, M. R., (1999): *Derechos humanos y*

Fiscal General de Israel contra Adolf Eichmann, ya en 1962 el Tribunal Supremo de Israel sostuvo que ninguna norma de Derecho Internacional prohíbe a un Estado ejercer su competencia penal extraterritorial respecto de crímenes cometidos por nacionales de otro Estado en el extranjero; que los crímenes de guerra y las atrocidades de la magnitud y del carácter internacional del holocausto son crímenes de competencia universal conforme al Derecho Internacional consuetudinario; y que el hecho de que el acusado cometiera los crímenes en cuestión dentro de sus cargos oficiales como funcionario de un Estado y en el ejercicio de su autoridad como órgano de Estado no constituía ningún impedimento para el ejercicio de la competencia de un Tribunal nacional¹⁶. Posteriormente, en 1985, un Tribunal de los Estados Unidos sostuvo, en el asunto *Demjanjuk c. Petrovsky*, que “el Derecho Internacional dispone que ciertos delitos pueden ser castigados por cualquier Estado porque sus autores son enemigos de toda la Humanidad y todas las naciones tienen un interés igual en su aprehensión y castigo”¹⁷.

En una tendencia a establecer la competencia universal de los Tribunales nacionales para conocer no sólo respecto de los crímenes de guerra, sino también respecto de los crímenes contra la humanidad, cabe recordar que la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Nueva York, 10-XII-1984) ha establecido la obligación del Estado en cuyo territorio se encuentre la persona acusada de practicar actos de tortura de juzgarla o de proceder a su extradición (art. 7). Con independencia de que el acusado se encuentre en su territorio o no, todo Estado Parte en esa Convención dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos de tortura “cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado” (art. 5.2.b) o “cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado” (art. 5.2.c). Al margen de todos estos supuestos, expresamente se afirma que esta Convención “no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales” (art. 5.3), por lo que la competencia universal de los Tribunales nacionales para conocer del delito de tortura debe considerarse permitida por el Derecho Internacional en cualquier circunstancia.

desaparecidos en dictaduras militares, en M. R. Diego DÍAZ-SANTOS; V. SÁNCHEZ LÓPEZ (coord.s): *Derecho penal: implicaciones internacionales*, Madrid, Colex, pp. 50-58; SANZ HERMIDA, A. M. (1999): *Extraterritorialidad de la ley penal y jurisdicción*, en: *ibíd.*, pp. 131-134.

16. *International Law Reports*, 36, p. 5.

17. 603 F. Supp. 1468 *aff'd*. 776 F. 2d. 571. Traducción privada.

A una conclusión radicalmente distinta a la alcanzada por el TEDH en el presente asunto, llegó el titular del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional española en su Auto de 18-X-1998 en el que, refiriéndose entre otros instrumentos internacionales a la Convención contra la tortura de las Naciones Unidas de 10-XII-1984, señaló que:

“Según tales disposiciones (...) los crímenes de esta naturaleza son imprescriptibles, sus responsables no disfrutan de inmunidad diplomática ni pueden obtener estatuto de refugiado ni asilo político, y *todos los Estados del Mundo están obligados a perseguirlos y a colaborar en la persecución que de tales crímenes hagan otros Estados*”¹⁸.

Aún más radical fue el mismo Juzgado en su Auto de 4-XI-1998, ya que en el mismo afirmó que:

“Así pues, en realidad, el crimen de tortura al que se contrae el procedimiento no sólo está sometido a la jurisdicción universal por la Convención (de las Naciones Unidas sobre la tortura), sino también por su naturaleza de «*jus cogens*», y por ende *España no sólo tiene el derecho sino más específicamente el deber de enjuiciar la conducta descrita, existan o no víctimas españoles entre los torturados*”¹⁹.

Más llamativo todavía resulta el pronunciamiento del TEDH si se tiene en cuenta que, previamente, el más alto Tribunal del Reino Unido, en su Sentencia de 24-III-1999 en el *asunto Pinochet*, ya había manifestado fuera de toda duda la competencia universal de los Tribunales británicos para conocer del crimen de tortura. Así, *Lord Browne-Wilkinson* sostuvo lo siguiente:

“Desde las atrocidades nazis y los juicios de Nuremberg, el Derecho Internacional ha reconocido que algunos delitos constituyen crímenes internacionales. Los Estados individualmente se han dotado de jurisdicción para

18. Auto de 18-X-1998 sobre ampliación y fundamentación del Auto ordenando la prisión incondicional del *Sr. Augusto Pinochet* y su detención. El subrayado es nuestro.

19. Auto de 4-XI-1998 por el que se desestimó el recurso de reforma interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto de 30-IV-1999 de ampliación del procesamiento del *Sr. Pinochet*. El subrayado es nuestro.

juzgar algunos de estos crímenes, incluso en asuntos en los que tales crímenes no se cometieron dentro de las fronteras geográficas de esos Estados. El más importante de esos crímenes internacionales para el presente caso es la tortura, que se regula en la Convención de 1984 contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Las obligaciones impuestas al Reino Unido por esa Convención (y a los otros 110 o más Estados signatarios que adoptaron la Convención) se incorporaron en el Derecho del Reino Unido mediante la sección 134 de la Ley de 1988 de la justicia criminal. Esa Ley entró en vigor el 29 de septiembre de 1988. La sección 134 creó un nuevo crimen en el Derecho del Reino Unido, el crimen de tortura. *Como se exige en la Convención de la tortura, «todas» las torturas dondequiera que se cometan a lo largo del mundo se convirtieron en crímenes conforme al Derecho del Reino Unido y juzgables en el Reino Unido*²⁰.

En estas condiciones, no puede entenderse bajo ningún concepto la afirmación del TEDH en el presente asunto, acerca de que no se pueda decir que el Reino Unido “tuviera el deber de proporcionar un recurso jurídico al demandante respecto de la tortura alegada realizada por las autoridades kuwaitíes”.

3. Su condición de norma internacional de *Jus Cogens*

La condición de la prohibición de la tortura como norma internacional de *jus cogens* se suscitó por el demandante no en relación a su primera alegación de violación del CEDH, en concreto de su artículo 3 que prohíbe la tortura, sino en su segunda alegación, relativa a la violación del derecho de acceso a un tribunal (art. 6.1). Debe recordarse que, en la Sentencia de 12-III-1996 de la Corte de Apelación que en el Reino Unido conoció de este asunto, el Lord Juez *Stuart-Smith*, aunque tomó nota del argumento del demandante de que “el Derecho Internacional contra la tortura es tan fundamental que es *jus cogens* o derecho imperativo, que se superpone a todos los demás principios de Derecho Internacional, incluido el bien establecido principio de la inmunidad soberana”, concluyó afirmando que la inmunidad soberana de

20. Sentencia de 24-III-1999, en el asunto *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet Ugarte* (nº 3), [2000] AC 147. Opinión de Lord Browne-Wilkinson. Traducción privada. El subrayado es nuestro. Opiniones similares fueron formuladas por la práctica totalidad de los Lores que constituyeron la Sala de la Cámara de los Lores en este juicio.

los Estados sólo deja de aplicarse en los casos excepcionales previstos expresamente en la Ley de 1978 sobre inmunidad soberana, adoptada por el Reino Unido en ejecución del Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados (Basilea, 16-V-1972). No existiendo en tal ley nacional ninguna excepción expresa a favor de la tortura ni de las normas internacionales de *jus cogens*, concluyó afirmando la primacía de la misma sobre las normas internacionales de *jus cogens*.

En estas circunstancias, fue necesario que el TEDH se pronunciara expresamente acerca de la cuestión de si la prohibición de la tortura ha adquirido o no la condición de norma internacional de *jus cogens*. Para ello, el TEDH se basó en su propia jurisprudencia, en los desarrollos de otros sectores del Derecho Internacional y en la jurisprudencia de otros Tribunales internacionales y nacionales.

Dentro del sistema del CEDH, el TEDH consideró que se ha reconocido desde hace mucho tiempo que el derecho conforme al artículo 3 de no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes "consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas"²¹. Remitiéndose sobre todo al asunto *Aksoy c. Turquía*, calificó al derecho a no ser torturado como "un derecho absoluto, que no permite ninguna excepción en ninguna circunstancia". En realidad, en dicho asunto el TEDH fue mucho más tajante, pues expresamente afirmó que:

"incluso en las más difíciles circunstancias, tales como la lucha contra el terrorismo o el crimen organizado, el CEDH prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes. Al contrario que la mayoría de las cláusulas substantivas del CEDH y de los Protocolos números 1 y 4, el artículo 3 no contiene ninguna disposición que permita excepciones y ninguna derogación del mismo se permite conforme al artículo 15, ni siquiera en el caso de un peligro público que amenace la vida de una nación"²².

21. Asunto *Al-Adsani c. Reino Unido*, *op. cit.*, p. 59.

22. Traducción privada. Sentencia de 18-XII-1996, *op. cit.*, p. 62, con remisión a la Sentencia de 18-I-1978 en el asunto *Irlanda c. Reino Unido*, *op. cit.*, p. 65, p. 163; Sentencia de 7-VII-1989 en el asunto *Soreing c. Reino Unido*, *Series A*, n.º 161, p. 34, p. 88; y Sentencia de 15-XI-1996 en el asunto *Chabal c. Reino Unido*, *Reports 1996-V*, p. 1855, p. 79.

Respecto de otros sectores del Derecho Internacional, el TEDH afirmó que “otras áreas del Derecho Internacional Público son testigo de un reconocimiento creciente de la importancia preponderante de la prohibición de la tortura”²³. Así, por un lado, se limitó a constatar que la tortura está prohibida en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 5) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7). Por otro lado, analizó con un poco más de profundidad la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, limitándose a observar que en la misma se exige que todo Estado Parte tome medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción (art. 2) y que todos los actos de tortura deben constituir delitos conforme a la legislación penal de los Estados Parte (art. 4).

Finalmente, el TEDH tomó nota de que “existen diversos pronunciamientos judiciales en el sentido de que la prohibición de la tortura ha alcanzado la condición de norma perentoria o *jus cogens*”, añadiendo que:

“en su Sentencia de 10-XII-1998 en el asunto del *Fiscal c. Furundzija*²⁴, el TPIY se refirió *inter alia* al anterior conjunto de normas convencionales y sostuvo que «debido a la importancia de los valores que protege, este principio [que prohíbe la tortura] se ha convertido en una norma perentoria o *jus cogens*, es decir, una norma que disfruta en la jerarquía internacional de un rango más elevado que el derecho convencional e, incluso, que las normas consuetudinarias ordinarias». Pronunciamientos similares se han realizado en otros asuntos planteados ante ese Tribunal y en los tribunales nacionales, incluida la Cámara de los Lores en el asunto *ex parte Pinochet* (nº 3)”²⁵.

Aunque el TEDH aceptó, “sobre la base de la doctrina citada”, que la prohibición de la tortura ha alcanzado la condición de norma internacional de *jus cogens*²⁶, parece que el análisis realizado de la jurisprudencia interna-

23. Asunto *Al-Adsani c. Reino Unido*, *op. cit.*, pág. 60.

24. Asunto nº IT-95-17/I-T, pág. 153. El texto de esta Sentencia también está reproducido en *International Legal Materials*, 38, p. 317.

25. Asunto *Al-Adsani c. Reino Unido*, *op. cit.*, pág. 60. Traducción privada.

26. *Ibid.*, pág. 61. Cabe señalar que, en esta conclusión, coincidieron tanto los nueve Jueces que constituyeron la mayoría de votos en esta Sentencia, como los ocho Jueces que votaron en contra de la misma. Véanse las Opiniones disidentes de los Jueces Rozakis, Caflisch, Wildhaber, Costa, Cabral Barreto, Vajic, Ferrari Bravo y Loucaides.

cional y nacional es excesivamente simple y deliberadamente superficial. Cabe recordar que, en el asunto del *Fiscal c. Furundzija*, el TPIY desarrolló con mucho mayor lujo de detalles las consecuencias del carácter de *jus cogens* de la prohibición de la tortura y varios de sus pronunciamientos son relevantes para la *ratio decidendi* del presente asunto. En concreto, el TPIY sostuvo que:

“Obviamente, la naturaleza de *jus cogens* de la prohibición de la tortura articula la noción de que la prohibición ya se ha convertido en uno de los más fundamentales estándares de la comunidad internacional. Además, esta prohibición se designa para producir un efecto disuasorio, en el sentido de que señala a todos los miembros de la comunidad internacional y a los individuos sobre los que ejercen su autoridad que la prohibición de la tortura es un valor absoluto del que nadie debe desviarse.

El hecho de que la tortura esté prohibida por una norma perentoria de Derecho Internacional tiene otros efectos en los niveles interestatal e individual. En el nivel interestatal, sirve para deslegitimar internacionalmente todo acto legislativo, administrativo o judicial que autorice la tortura. Carecería de sentido argumentar, por un lado, que debido al valor de *jus cogens* de la prohibición de la tortura, las normas consuetudinarias o convencionales que permitan la tortura serían nulas y sin efectos jurídicos *ab initio*²⁷ y, posteriormente, hacer caso omiso de un Estado que, por decir, adoptase medidas nacionales autorizando o condonando la tortura o absolviera a sus autores a través de una ley de amnistía²⁸. Si tal situación llegase a ocurrir, las medidas nacionales, en violación del principio general y de toda disposición convencional relevante, produciría los efectos jurídicos mencionados anteriormente y, además, no se le concedería reconocimiento jurídico internacional. Se podrían iniciar procedimientos judiciales por las víctimas potenciales si ellas

27. Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23-V-1969.

28. Por lo que se refiere a las leyes de amnistía, tiene sentido mencionar que, en 1994, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Comentario general nº 20 sobre el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, declaró lo siguiente: “El Comité ha observado que algunos Estados han concedido amnistías respecto de actos de tortura. Las amnistías son en general incompatibles con el deber de los Estados de investigar tales actos; de garantizar la libertad respecto de tales actos dentro de su jurisdicción; y de asegurar que no ocurran en el futuro. Los Estados no pueden privar a los individuos del derecho a un remedio efectivo, que incluya una compensación y la plena rehabilitación tal y como pueda ser posible”. (*Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. Doc. HRRGEM/Rev. 1, p. 30 (1994)).

tuvieran *locus standi* ante un órgano judicial nacional o internacional competente para pedirle que declare que la medida nacional es ilegal internacionalmente; o la víctima podría plantear una reclamación civil por daños ante un tribunal extranjero, al que por lo tanto se le pediría *inter alia* que ignorase el valor jurídico del acto nacional que la autorizó. Más importante aún es que los autores de la tortura que actuasen por cuenta de o beneficiándose de esas medidas nacionales pueden sin embargo ser declarados responsables penales de tortura, ya sea en un Estado extranjero o en su propio Estado bajo un régimen posterior. Expuesto más brevemente, a pesar de una eventual autorización nacional de un órgano legislativo o judicial en violación del principio que prohíbe la tortura, los individuos siguen obligados a cumplir ese principio. Como el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg señaló: «los individuos tienen deberes internacionales que trascienden las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por el Estado del individuo»²⁹.

“Además, en el nivel individual, es decir, el de la responsabilidad penal, parece que una de las consecuencias del carácter de *jus cogens* que la comunidad internacional ha conferido a la prohibición de la tortura es que cualquier Estado está legitimado para investigar, perseguir y castigar o extraditar a los individuos acusados de tortura, que estén presentes en un territorio bajo su jurisdicción. De hecho, resultaría incoherente por un lado prohibir la tortura hasta tal grado como para restringir la normalmente ilimitada capacidad de los Estados soberanos para celebrar tratados y, por otro lado, prohibir a los Estados perseguir y castigar a esos torturadores que se han involucrado en esta odiosa práctica en el extranjero. Esta base jurídica para la jurisdicción universal de los Estados sobre la tortura confirma y refuerza el fundamento jurídico para tal jurisdicción alcanzado por otros tribunales en el carácter inherentemente universal del crimen. Se ha sostenido que, estando los crímenes internacionales universalmente condenados donde quiera que ocurran, todos los Estados tienen el derecho de perseguir y castigar a los autores de tales crímenes. Como declaró en términos generales el Tribunal Supremo de Israel en el asunto *Eichmann* y parafraseó un Tribunal de Estados Unidos en el asunto *Demjanjuk*, «es el carácter universal de los crímenes en cuestión (es decir, crímenes internacionales), el que inviste a todos los Estados con la autoridad de juzgar y castigar a aquéllos que participaron en su comisión»³⁰.

29. *International Military Tribunal*, vol. 1, p. 223.

30. Véase el asunto *Fiscal General del Gobierno de Israel c. Adolf Eichmann*, *op. cit.*, p. 298 y ss.; el asunto de la extradición de *John Demjanjuk*, en: 612 F. Supp. 544, 558 (N.D. Ohio 1985). Véase también el asunto *Demjanjuk c. Petrovsky*, 776 F. 2d 571 (6th Cir. 1985), *cert. denied*, 475 U.S. 1016, 106 S. Ct. 1198, 89 L. Ed. 2d 312

Parece que otras consecuencias incluyen el hecho de que la tortura no puede estar justificada por una ley de prescripción, y que no debe excluirse de la extradición bajo ninguna excepción de ofensa política³¹.

Los otros pronunciamientos del TPIY a los que se hace mención indirecta parece que son sus Sentencias de 16-XI-1998 en el asunto del *Fiscal c. Delalic y otros*³²; y de 22-II-2001, en el asunto del *Fiscal c. Kunarac*³³. Los pronunciamientos de los Tribunales nacionales acerca de la condición de *jus cogens* internacional de la prohibición de la tortura son mucho más numerosos que el mero pronunciamiento de la Cámara de los Lores en el asunto *Pinochet*³⁴. Parece, sin embargo, que el TEDH se limitó a analizar este asunto, probablemente por estar también el Reino Unido implicado en el mismo.

(1986), para una discusión sobre el principio de universalidad en su aplicación a la comisión de crímenes de guerra.

31. Asunto nº IT-95-17/I-T, *op. cit.*, párr. 154-157. Traducción privada.

32. Asunto nº IT-96-21-T, *El Fiscal c. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, también conocido como "Pavo", y Esad Landzjo también conocido como "Zenja"*, párr. 454, donde se declara que "se puede afirmar que la prohibición de la tortura es una norma de derecho consuetudinario. Además, constituye una norma de *jus cogens*, tal y como ha sido confirmado por el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Tortura. Además, se debería observar que la prohibición contenida en los mencionados instrumentos internacionales es absoluta y no derogable en ninguna circunstancia". Traducción privada.

33. Asunto nº IT-96-23-T e IT-96-23/1, *op. cit.*, párr. 466, donde se afirma que "La tortura está prohibida tanto en Derecho Internacional convencional como consuetudinario y está prohibida tanto en tiempo de paz como durante un conflicto armado. Se puede afirmar que la prohibición constituye una norma de *jus cogens* ...". Traducción privada.

34. A título de ejemplo, cabe recordar que, ya en 1983, el Tribunal Federal suizo en el asunto *Sener c. Ministère public de la Confédération et Département fédéral de justice et police*, aceptó que la norma que prohíbe la tortura en el CEDHLF es una norma de *jus cogens*, añadiendo que "... se trata en este caso, según el Tribunal Federal, ... de reglas contingentes (es decir, imperativas) del Derecho de gentes, reglas que conviene tener en cuenta en el examen de una demanda de extradición, con independencia de que Suiza esté o no obligada con el Estado requiriente por el Convenio europeo de extradición, por el CEDHLF o por un tratado bilateral ..." (ATF 109 Ib 64 (72)) (Traducción privada). Recuérdese igualmente el Auto de 4-XI-1998 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional española citado anteriormente.

III. LA INMUNIDAD DEL ESTADO EXTRANJERO

1. *Su compatibilidad con el derecho de acceso a los tribunales*

El CEDH es claro que no regula las inmunidades del Estado extranjero. Sin embargo, partiendo de la afirmación del TEDH en el asunto *Golder c. Reino Unido* de que el derecho de acceso a un Tribunal, aunque no está expresamente mencionado en el CEDH, es una precondition para el disfrute de las garantías procesales reconocidas en su artículo 6.1, por lo que queda englobado en el mismo³⁵, fue sólo cuestión de tiempo que en su jurisprudencia apareciesen asuntos en los que entraban en conflicto este derecho fundamental con las inmunidades internacionales. Esto ocurrió por primera vez el 18-II-1999, cuando el TEDH tuvo que dictar Sentencia en dos asuntos en los que, curiosamente, tuvo que pronunciarse sobre la compatibilidad o el posible conflicto jurídico entre el derecho de acceso a un Tribunal (art. 6.1 del CEDH) y la inmunidad internacional de jurisdicción de la que también disfrutaban las Organizaciones Internacionales, en concreto, la Agencia Espacial Europea³⁶. La doctrina judicial que el TEDH formuló en estos asuntos la volvió a repetir el 21-XI-2001, cuando por primera vez se le plantearon no uno, sino tres asuntos en los que entraban en colisión el derecho fundamental de acceso a un Tribunal con las inmunidades del Estado extranjero³⁷.

Conforme a esta doctrina jurisprudencial, el TEDH comienza por afirmar la naturaleza no absoluta del derecho de acceso a un Tribunal, sosteniendo que el mismo está implícitamente, por su propia naturaleza, limitado por las leyes que cada Estado adopte en su desarrollo. Aunque el TEDH entiende que los Estados “disfrutan de un cierto margen de apreciación” al establecer las excepciones legales a este derecho fundamental, afirma expresamente su propia competencia para juzgar en última instancia acerca de la conformidad de esas excepciones con el CEDH. Aún más, para examinar la conformidad o no de cualquier limitación o excepción al derecho de acceso a un Tribunal con el CEDH, el TEDH afirma que el

35. Sentencia de 21-II-1975 en el asunto *Golder c. Reino Unido*, Series A nº 18, pp. 13-18, párs. 28-36.

36. Véanse las Sentencias del TEDH de 18-II-1999 en el asunto *Waite y Kennedy c. Alemania*, demanda nº 26.083/94; y en el asunto *Beer y Regan c. Alemania*, demanda nº 28.934/95.

37. Sentencias de 21-XI-2001 en el asunto *McElhinney c. Irlanda*, demanda nº 31.253/96; en el asunto *Al-Adsani c. Reino Unido*, demanda nº 35.763/97; y en el asunto *Mary Fogarty c. Reino Unido*, demanda nº 37.112/97.

criterio es precisamente el del doble estándar que el TEDH asentó en su propia jurisprudencia, precisamente en su primera Sentencia sobre la compatibilidad con el CEDH de la inmunidad de jurisdicción de una Organización Internacional. Este doble estándar consiste, en primer lugar, en que la excepción o limitación al derecho de acceso a un Tribunal no debe restringir ni reducir “el acceso del individuo de tal manera o en tal medida que la propia esencia del derecho resulte afectada”. En segundo lugar, y debe entenderse que es adicional al primero, “una limitación no será compatible con el artículo 6.1 del CEDH si la misma no persigue un objetivo legítimo y si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se persigue conseguir”³⁸.

Una vez establecido el doble criterio al que se debe atender, no deja de llamar la atención que, en ningún momento de esta Sentencia, se analice la concurrencia o no del primer criterio. Laguna que es más sorprendente si se recuerda que, en sus dos Sentencias de 18-II-1999, lo determinante para que el TEDH apreciase la concurrencia o no de este primer requisito fue tener en cuenta si existía o no otro Tribunal de Justicia, en ambos casos el Tribunal Administrativo de la Agencia Espacial Europea, con competencia para conocer de esos asuntos. En la presente Sentencia este análisis se ha obviado, pese a que en la propia declaración de hechos de la misma se mencione expresamente la opinión que sostuvo el *Lord Juez Ward* en la Sentencia de 12-III-1996 de la Corte de Apelación que en el Reino Unido conoció de este asunto. Este Juez sostuvo que “puede que no exista ningún foro internacional (distinto del foro *locus delicti*, al que la víctima de la tortura comprensiblemente no esté dispuesta a regresar) donde este terrible, si se demuestra, ilícito pueda recibir resarcimiento civil”³⁹. Estas circunstancias invitan a pensar que la apreciación judicial de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero en estas condiciones sí que restringe o reduce el derecho de acceso del individuo a un Tribunal “de tal manera o en tal medida que la propia esencia del derecho resulte afectada”.

El TEDH prefirió, por el contrario, centrar su argumentación en el segundo criterio. Así, declaró que la concesión de la inmunidad soberana a un

38. Véanse la Sentencia del TEDH de 18-II-1999 en el asunto *Waite y Kennedy c. Alemania*, *op. cit.*, pág. 59; la Sentencia de 18-II-1999 en el asunto *Beer y Regan c. Alemania*, *op. cit.*, pág. 49; la Sentencia de 21-XI-2001 en el asunto *McElhinney c. Irlanda*, *op. cit.*, pág. 34; la Sentencia de 21-XI-2001 en el asunto *Al-Adsani c. Reino Unido*, *op. cit.*, pág. 53; y la Sentencia de 21-XI-2001 en el asunto *Mary Fogarty c. Reino Unido*, *op. cit.*, pág. 33.

39. Asunto *Al-Adsani c. Reino Unido*, *op. cit.*, pág. 18.

Estado en un procedimiento judicial “*persigue el objetivo legítimo* de cumplir con el Derecho Internacional para promover la cortesía y las buenas relaciones entre los Estados a través del respeto a la soberanía del otro Estado”⁴⁰, añadiendo que las medidas adoptadas por un Estado “que reflejen normas generalmente reconocidas de Derecho Internacional Público sobre la inmunidad del Estado *no pueden en principio considerarse como que imponen una restricción desproporcionada* al derecho de acceso a los Tribunales”⁴¹.

Esta doctrina jurisprudencial que el TEDH ha repetido en los cinco supuestos que se le han planteado hasta la fecha en los que existían problemas de compatibilidad entre el derecho fundamental de acceso a un Tribunal y una inmunidad internacional de jurisdicción, aunque es válida en general, no debería haber sido de recibo en el presente asunto. El asunto *Al-Adsani c. Reino Unido* es el único de los cinco supuestos sobre inmunidades internacionales planteados ante el TEDH en el que el problema de fondo es si se había violado o no una norma internacional de *jus cogens*. Por lo tanto, más que repetir la doctrina jurisprudencial desarrollada para los supuestos en los que el problema de fondo no afectaba a una norma internacional que tuviese ese carácter, procedía revisar esa doctrina desde la perspectiva de una norma internacional de *jus cogens*.

En este sentido, cabe revisar el requisito de si se persigue o no el “objetivo legítimo” de cumplir con el Derecho Internacional. Cabe recordar a estos efectos la Sentencia del TPIY en el asunto del *Fiscal c. Furundzija*, donde se afirmó que una de las consecuencias del carácter de *jus cogens* de las normas internacionales que prohíben la tortura es precisamente que “sirve para deslegitimar internacionalmente todo acto legislativo, administrativo o judicial que autorice la tortura”⁴². A lo que podría igualmente equipararse, por un lado, los actos legislativos, como la Ley del Reino Unido de 1978 sobre la inmunidad del Estado y, por otro lado, los actos judiciales, como los pronunciamientos de los Tribunales del Reino Unido en este asunto, que si bien no autorizaron la tortura, impidieron su persecución procesal. Como añadió el TPIY en el mismo asunto citado, esas medidas nacionales que permiten la tortura “serían nulas y sin efectos jurídicos *ab initio*” y “no se les concedería reconocimiento jurídico internacional”.

En cuanto a si la apreciación de la inmunidad de jurisdicción del Estado de Kuwait por los Tribunales del Reino Unido constituye o no una restricción

40. *Ibíd.*, pár. 54. El subrayado es nuestro.

41. *Ibíd.*, pár. 56. El subrayado es nuestro.

42. *Vide supra*.

desproporcionada al derecho de acceso a los Tribunales, cabe destacar que el análisis del TEDH se basa en su conformidad o no con las “normas generalmente reconocidas de Derecho Internacional Público”. El problema radica precisamente en valorar cuáles son esas normas internacionales, si las relativas a la inmunidad del Estado o las relativas a la prohibición de la tortura. Precisamente porque el TEDH en esta Sentencia reconoce expresamente el carácter de *jus cogens* de las segundas, sin mencionar que las primeras también lo tengan, parece que la respuesta debería haber sido obvia. También para este requisito se deben recordar las palabras del TPIY acerca de que “resultaría incoherente por un lado prohibir la tortura hasta tal grado como para restringir la normalmente ilimitada capacidad de los Estados soberanos para celebrar tratados y, por otro lado, prohibir a los Estados perseguir y castigar a esos torturadores que se han involucrado en esta odiosa práctica en el extranjero”.

2. Su relación con las normas internacionales de *Jus Cogens*

Sin lugar a dudas, la parte más endeble y criticable de esta Sentencia del TEDH se refiere a las relaciones que existen entre las normas relativas a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero y la norma de *jus cogens* internacional por la que se prohíbe la tortura. Esta cuestión nuclear recibió una esperpéntica respuesta por parte del TEDH, quien afirmó lo siguiente:

“Aunque el Tribunal acepta, sobre la base de la doctrina citada, que la prohibición de la tortura ha alcanzado la condición de norma perentoria de Derecho Internacional, el Tribunal observa que el presente asunto se refiere, no como en las decisiones tomadas en los asuntos *Furundzija* y *Pinochet*, a la responsabilidad penal de un individuo resultante de unos pretendidos actos de tortura, sino a la inmunidad de un Estado en un proceso civil por daños resultantes de actos de tortura realizados dentro del territorio de ese Estado. Pese a tener en cuenta el carácter especial de la prohibición de la tortura en Derecho Internacional, el Tribunal es incapaz de discernir en los instrumentos internacionales, pronunciamientos judiciales u otros materiales que se le han presentado, ninguna base firme para concluir que, en Derecho Internacional, un Estado ya no disfruta por más tiempo de inmunidad respecto de los procedimientos civiles en los Tribunales de otro Estado en los que se alegan actos de tortura. En concreto, el Tribunal observa que ninguno de los instru-

mentos internacionales primarios mencionados (art. 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y arts 2 y 4 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la tortura) se refiere a los procedimientos civiles o a la inmunidad del Estado⁴³.

Con esta premisa, el TEDH concluyó afirmando que:

“El Tribunal, aunque toma nota del reconocimiento creciente de la importancia dominante de la prohibición de la tortura, no considera por consiguiente, establecido que ya exista una aceptación en Derecho Internacional de la proposición de que los Estados no estén legitimados a la inmunidad respecto de las reclamaciones civiles por daños resultantes de una presunta tortura cometida fuera del Estado del foro. La Ley de 1978 (del Reino Unido), que concede inmunidad a los Estados respecto de las reclamaciones por daños personales a menos que el daño fuera causado dentro del Reino Unido, no es incompatible con esas limitaciones generalmente aceptadas por la comunidad de naciones como parte de la doctrina de la inmunidad del Estado⁴⁴.

Esta argumentación judicial debe criticarse y rechazarse frontalmente por diversas razones. En primer lugar, porque no se ajusta al contenido de las normas sobre la inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero. En segundo lugar, y mucho más importante, porque tras calificar de norma perentoria o de *jus cogens* internacional a la norma que prohíbe la tortura, el TEDH desconoce o no se atreve a sacar las consecuencias lógico-jurídicas que se derivan de tal calificación jurídica.

Por lo que se refiere a las normas sobre la inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero, debe comenzarse por reconocer que ni en la Ley de 1978 sobre inmunidad soberana, adoptada por el Reino Unido en ejecución del Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados (Basilea, 16-V-1972), ni en el Proyecto definitivo de artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la inmunidad jurisdiccional de los Estados y de sus bienes⁴⁵, se contempla excepción alguna a la regla general de la inmunidad del Estado extranjero debida a la existencia de una norma de *jus cogens*

43. Asunto *Al-Adsani c. Reino Unido*, *op. cit.*, pág. 61. Traducción privada.

44. *Ibíd.*, pág. 66. Traducción privada.

45. Véase el *Anuario de la CDI 1991, volumen II, segunda parte*, pp. 12 y ss.

internacional. Pero el silencio, en este caso, no puede significar la inexistencia de normas internacionales de *jus cogens* que se configuren como auténticas excepciones a la regla general sobre la inmunidad del Estado extranjero. Si ello fuera así, se pondría en peligro la misma existencia de las normas internacionales de *jus cogens*, pues si las mismas no estuviesen expresamente previstas en todos los tratados internacionales, bilaterales o multilaterales, sobre cualquier materia, no podrían jamás llegar a aplicarse. Opción que, además, imposibilitaría la aparición de nuevas normas internacionales de *jus cogens*, al condicionar su aparición a la enmienda previa de todos los tratados internacionales en cuyo contenido no se prevén.

Además, debe tenerse en cuenta que, en el ya longevo y avanzado proceso codificador de las normas internacionales relativas a la inmunidad del Estado extranjero, y por iniciativa del grupo de trabajo pertinente de la Sexta Comisión, la Resolución 53/98 de la Asamblea General de la ONU, de 8-XII-1998, en su párrafo 2:

“Invit(ó) a la CDI a presentar las observaciones preliminares que juzgue oportunas sobre las cuestiones substantivas pendientes relacionadas con el proyecto de artículos (...) y teniendo en cuenta las novedades que se hayan producido en la práctica de los Estados y otros factores relacionados con esta cuestión desde que se aprobó el proyecto de artículos (de la CDI en 1991), a fin de facilitar la tarea del grupo de trabajo (de la Sexta Comisión)”.

En respuesta a esta petición, la CDI constituyó un Grupo de Trabajo *ad hoc*, que, en su 51º período de sesiones, formuló las observaciones solicitadas sobre las cuestiones substantivas pendientes⁴⁶ y, además, señaló una cuestión “que puede guardar relación con el tema de las inmunidades jurisdiccionales y que fue identificada en el Grupo de Trabajo (de la CDI), en el marco de la práctica reciente”. Esta “nueva” cuestión versa precisamente sobre “la existencia o inexistencia de una inmunidad jurisdiccional en las acciones dimanantes, entre otras cosas, de las violaciones de normas del *jus cogens*”. Debe señalarse que el Grupo de Trabajo de la CDI, en vez de abordar directa-

46. Estas observaciones se contienen en el Informe del Grupo de Trabajo de la CDI sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, publicado como Anexo en el Documento A/54/10: CDI, *Informe sobre la labor realizada en su 51º período de sesiones (3 de mayo a 23 de julio de 1999)*, pp. 315-366.

mente esta cuestión, decidió señalarla a la atención de la Sexta Comisión⁴⁷, por ser ella la responsable del proceso codificador de esta materia desde 1991. Aún así, la CDI observó que:

“Por otra parte, se ha registrado recientemente una novedad en la práctica y la legislación de los Estados con respecto al tema de las inmunidades de los Estados desde la aprobación del proyecto de artículos (en 1991), novedad que la CDI considera necesario señalar a la atención de la Sexta Comisión. Se trata del argumento —que cada vez se aduce con más frecuencia— de que debe denegarse la inmunidad en los casos de muerte o lesiones personales causadas por actos del Estado en violación de las normas de derechos humanos que tienen carácter de *jus cogens*, en particular la prohibición de la tortura.

En el pasado decenio se han ejercitado varias acciones civiles ante tribunales nacionales, sobre todo en los Estados Unidos y en el Reino Unido, contra gobiernos extranjeros, por actos de tortura cometidos no ya en el territorio del Estado del foro, sino en el territorio del Estado demandado y otros Estados.

Para substanciar esas acciones, los demandantes han aducido que los Estados no tienen derecho a invocar la inmunidad cuando se ha producido una violación de las normas de derechos humanos que tienen carácter de *jus cogens*”⁴⁸.

Tras analizar los diversos casos planteados sobre esta cuestión, la CDI concluyó afirmando que:

“Los acontecimientos examinados en el presente apéndice no se tratan expresamente en el proyecto de artículos sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. *Con todo, constituyen una evolución reciente en materia de inmunidad que no cabe pasar por alto*”⁴⁹.

Por lo tanto, y a pesar del silencio del Proyecto de artículos de la CDI aprobado en 1991, las normas de *jus cogens* como configuradoras de excepciones a la regla general de la inmunidad del Estado extranjero ya habían aparecido en el proceso codificador de las inmunidades jurisdiccionales de los

47. *Ibid.*, p. 317, pár. 9. Sobre esta cuestión, véase el Apéndice al Informe del Grupo de Trabajo, publicado en *ibid.*, pp. 367-369.

48. *Ibid.*, p. 367, párs. 3-5.

49. *Ibid.*, p. 369, pár. 13. El subrayado es nuestro.

Estados y de sus bienes en el momento en que el TEDH dictó la presente Sentencia. Lástima que el TEDH, en el presente asunto, hiciera caso omiso de las observaciones de la CDI al respecto y las pasara por alto.

En segundo lugar, ya hemos indicado que resulta mucho más importante todavía rechazar la argumentación del TEDH sobre este particular, porque tras calificar de norma perentoria o de *jus cogens* internacional a la norma que prohíbe la tortura, la mayoría de los jueces que componen esta Sala del TEDH desconoce o no se atreve a sacar las consecuencias lógico-jurídicas que se derivan de tal calificación jurídica. No parece discutirse por nadie que una norma de *jus cogens* internacional sólo puede ser modificada (o derogada) por otra norma ulterior de Derecho Internacional que tenga el mismo carácter. Además de que las normas sobre inmunidades del Estado extranjero no son posteriores en el tiempo a la aparición de las normas internacionales que prohíben la tortura, debe tenerse en cuenta que, en el presente asunto, el TEDH expresamente ha calificado de norma internacional de *jus cogens* a la prohibición de la tortura. Calificación que no se puede extender a las normas sobre inmunidades del Estado extranjero, siquiera sea por el hecho de que el Estado interesado siempre puede retirar esa inmunidad, pactar su exclusión en algún caso concreto o renunciar a la misma, por lo que en principio cabría el acuerdo en contrario y, en consecuencia, no se cumple uno de los requisitos imprescindibles para la existencia de una norma internacional de *jus cogens* (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 53).

Tratándose en consecuencia de un conflicto entre dos normas jurídicas internacionales, en las que una es de *jus cogens* y la otra no, está servido un fácil silogismo jurídico en el que actúa de premisa mayor la afirmación de que es nula toda norma que contradiga a una norma de *jus cogens*. La premisa menor es que la norma sobre la inmunidad del Estado extranjero en el presente asunto contradice a la norma de *jus cogens* que prohíbe la tortura. Por lo que la conclusión no puede ser otra que la nulidad en el presente asunto de la norma que afirma la inmunidad del Estado extranjero que practica la tortura.

Ésta es, en definitiva, la tesis que sustentaron en su Opinión disidente los Jueces Rozakis, Caflisch, Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajic. Estos Jueces sostuvieron que:

“Al aceptar que la norma que prohíbe la tortura es una norma de *jus cogens*, la mayoría (del Tribunal) reconoce que es jerárquicamente superior a cualquier otra norma de Derecho Internacional, sea general o particular, con-

suetudinaria o convencional, con la excepción, por supuesto, de otras normas de *jus cogens*. La característica básica de una regla de *jus cogens* es que, como fuente de derecho en el ahora sistema jurídico internacional vertical, se superpone a cualquier otra norma que no tenga la misma condición. En el supuesto de un conflicto entre una regla de *jus cogens* y cualquier otra norma de Derecho Internacional, la primera prevalece. La consecuencia de tal prevalencia es que la norma en conflicto es nula e inválida o, en todo caso, que no produce efectos jurídicos que estén en contradicción con el contenido de una regla perentoria. (...)

Por lo tanto, la aceptación de la naturaleza de *jus cogens* de la prohibición de la tortura implica que un Estado que presuntamente la haya violado no puede invocar normas jerárquicamente inferiores (en este asunto, las relativas a la inmunidad del Estado) para evitar las consecuencias de la ilegalidad de sus acciones. En las circunstancias de este asunto, Kuwait no puede válidamente esconderse detrás de las normas sobre la inmunidad del Estado para evitar ser procesado por una reclamación seria de tortura planteada ante una jurisdicción extranjera; y los Tribunales de esa jurisdicción (el Reino Unido) no pueden aceptar un alegato de inmunidad, ni invocarla *ex officio*, para rechazar una demanda en un caso de tortura. Debido a las relaciones entre la norma de *jus cogens* que prohíbe la tortura y las reglas sobre la inmunidad del Estado, el impedimento procesal de la inmunidad del Estado se levanta automáticamente, porque esas reglas, en la medida en que contradicen a una norma jerárquicamente superior, no producen ningún efecto jurídico. Conforme a la misma argumentación, el Derecho nacional que se concibe para dar efectos internos a las reglas internacionales sobre la inmunidad del Estado no se puede invocar como creador de un impedimento jurisdiccional, sino que debe ser interpretado de conformidad con y a la luz de los preceptos imperativos del *jus cogens*⁵⁰.

Al afirmarse la jerarquía superior de las normas internacionales de *jus cogens*, como la que prohíbe la tortura, sobre todas las demás normas internacionales, incluidas las relativas a la inmunidad del Estado extranjero, carece totalmente de sentido la distinción que la mayoría de los Jueces del TEDH en este asunto realizaron entre procedimientos penales y civiles. No es la naturaleza del procedimiento judicial la que determina los efectos que tiene una norma de *jus cogens* sobre otra norma de Derecho Internacional, sino la condición perentoria o imperativa de la norma en cuestión y sus relaciones

50. Opinión disidente de los Jueces Rozakis y Caflisch, a la que se unen los Jueces Wildhaber, Costa, Cabral Barreto y Vajic, párs. 1 y 3. Traducción privada.

con otras normas jerárquicamente inferiores. Siendo la prohibición de la tortura una norma internacional de *jus cogens*, la misma debe desplegar la plenitud de sus efectos jurídicos con total independencia de la naturaleza civil o penal de los procedimientos judiciales internos en los que se invoque la regla de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero. En Derecho Internacional no se admite la hipótesis de que una norma internacional disfrute de la condición de norma de *jus cogens* cuando se alega en un procedimiento penal y que, sin embargo, pierda esa misma condición si se alegara en un procedimiento civil.

Esta línea argumental, que difiere radicalmente de la Sentencia del TEDH en el presente asunto parece, incluso, estar más en conformidad con la propia jurisprudencia internacional. Como ya se ha señalado, el TPIY, en su Sentencia de 10-II-1998 en el asunto del *Fiscal c. Furundzija*, analizó en profundidad las consecuencias jurídicas que se derivan del hecho de que la tortura esté prohibida por una norma internacional de *jus cogens*. Entre estas consecuencias jurídicas destaca a nuestros efectos, en palabras del TPIY, que “la víctima podría plantear una reclamación civil por daños ante un Tribunal extranjero”⁵¹. Es importante mencionar que esta consecuencia, que es precisamente la vía que utilizó el *Sr. Al-Adsani* al acudir ante los Tribunales británicos, el TPIY la incluyó entre las consecuencias que tiene la norma de *jus cogens* que prohíbe la tortura en el nivel interestatal y no en el nivel individual. Si ésta es una consecuencia jurídica que surge en el nivel interestatal, necesariamente supone corroborar que el Estado demandado ante los Tribunales de otro Estado por presuntos actos de tortura no podrá alegar la inmunidad de jurisdicción civil frente a esos Tribunales internos. De no ser así, la consecuencia que afirmó el TPIY carecería de sentido.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Hasta la fecha, la jurisprudencia internacional no ha sido, en general, muy proclive a reconocer la existencia de normas concretas que pertenezcan a la categoría de las normas imperativas del Derecho Internacional general o *jus cogens*. Muy probablemente, la norma que más veces ha sido calificada por la jurisprudencia internacional como norma imperativa de Derecho Internacional general o *jus cogens* sea la norma que prohíbe la tortura.

51. *Vide supra*.

En este caso, la Sentencia del TEDH en el asunto *Al-Adsani contra Reino Unido* no se puede considerar que sea uno más de los cada vez más numerosos pronunciamientos jurisprudenciales internacionales en esta línea. Muy al contrario, la Sentencia del TEDH en este asunto no se olvidará precisamente por ser la primera vez que un Tribunal de justicia internacional expresamente afirma que una norma pertenece al *jus cogens* internacional para, a continuación, desconocer las consecuencias jurídicas que tal calificación conlleva, al subordinar su aplicación a la prevalencia de una norma inferior que no tiene reconocido ese carácter de *jus cogens*.

Probablemente ésta sea la mayor negación que se pueda hacer de las normas internacionales de *jus cogens*, pues aunque expresamente se les reconozca como tales, se les priva de su significado imperativo al subordinarlas a normas inferiores que no tengan ese carácter. En estas condiciones, quizás más hubiera valido no afirmar el carácter de *jus cogens* de la norma que prohíbe la tortura, antes que afirmar tal carácter para privarle de significado. Claro que siempre se puede ser más optimista y sostener, como hace el Juez *Ferrari Bravo* en su Opinión disidente, que “existirán otros asuntos similares, aunque el Tribunal haya desafortunadamente desperdiciado una oportunidad muy buena de emitir una sentencia valiente”. Afortunadamente, es muy probable que se trate únicamente de una cuestión de tiempo. A ello apunta el hecho de que la segunda parte de la Sentencia *Al-Adsani c. Reino Unido* se adoptase por una mayoría de votos muy apretada, donde un único voto marcó la diferencia entre la opinión mayoritaria y la minoritaria de los jueces del TEDH.

